

Können, dürfen, sollen?

Karl, Raimund

Published: 24/03/2018

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication](#)

Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):

Karl, R. (2018, Mar 24). Können, dürfen, sollen? Archäologische Grund- und Menschenrechte und der Denkmalschutz. <https://archdenk.blogspot.co.uk/2018/03/konnen-durfen-sollen.html>

Hawliau Cyffredinol / General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Können, dürfen, sollen?

Archäologische Grund- und Menschenrechte und der Denkmalschutz

Raimund Karl

In einem auf den Webseiten des Landesamts für Denkmalpflege Hessen (LfDH) vorveröffentlichten, jüngeren Beitrag unter den Titel [„Jeder kann graben“?](#) diskutiert Dimitrij Davydov (2017) das Spannungsfeld zwischen Partizipation und Gefahrenabwehr im Kontext des archäologischen Erbes; insbesondere die Reichweite der sowohl in Deutschland (Art. 5 Abs. 3 [Grundgesetz](#)) als auch in Österreich (Art. 17 [Staatsgrundgesetz](#)) als Jedermannsrecht garantierten Forschungsfreiheit.

Er kommt dabei zum Ergebnis, dass – die Wissenschaftlichkeit von „Nachforschungen“ im Sinne der verfassungsgerichtlichen Judikatur (siehe Davydov 2017, 7-8; für Österreich im Wesentlichen ident, siehe Berka 1999, 343) vorausgesetzt – *„stets eine Abwägung der Wissenschaftsfreiheit mit dem verfassungsrechtlichen Staatsziel (Boden-) Denkmalschutz zu erfolgen“* (Davydov 2017, 10) habe. Soweit ganz generell die Bürgerbeteiligung an der archäologischen Feldforschung betroffen ist, kommt er zum Schluss, dass *„(d)ie Grenze einer sinnvollen Partizipation [...] dort überschritten“* werden dürfte, *„wo durch die mit der Einbindung Privater verbundene Entlastung der Denkmalbehörde in eine Belastung umschlägt, weil ein Ausbildungs- und Betreuungsaufwand generiert wird, der zu ihrer primären Aufgabe – für eine „geordnete und wissenschaftlich fundierte“ Bodendenkmalpflege zu sorgen – in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht“* (Davydov 2017, 11).

Ein archäologisches Feldforschungsvorrecht der Denkmalbehörden?

Davydov bringt damit – auch wenn er das in seinem Beitrag nirgendwo explizit ausspricht – die in der deutschsprachigen und insbesondere der deutschen staatlichen archäologischen Denkmalpflege weit verbreitete und populäre Vorstellung zum Ausdruck, dass der Staat zum Schutz des archäologischen Erbes seinen Denkmalschutzbehörden im Bereich der archäologischen Feldforschung ein Forschungsprivileg eingeräumt hat und auch einräumen darf. Nach dieser Sichtweise finden die verfassungsgesetzlich vorbehaltlos garantierte Forschungsfreiheit ebenso wie andere bürgerliche Grundrechte ihre Schranken am ihr (bzw. ihnen) entgegenstehenden Staatsziel des Denkmalschutzes; das diese derart grundsätzlich und regelhaft überwiegt (so z.B. explizit auch Strobl & Sieche 2010, 266-267), dass eigentlich nur der Staat selbst – mittels seiner Denkmalfachbehörden – archäologische Feldforschung betreiben darf. Dritten, insbesondere „Privaten“ wäre hingegen unter dieser Sichtweise die archäologische Feldforschung grundsätzlich verboten und könne ihnen nur in besonders begründeten Ausnahmefällen erlaubt werden (vgl. dazu auch Krischok 2016, 128-129, mit diametral entgegengesetzter Ansicht).

Daraus folgt dann auch Davydovs Ansicht zur Frage der Grenzen einer „sinnvollen“ Bürgerbeteiligung: Bürgerbeteiligung dient aus diesem Blickwinkel einzig und allein als Hilfe für den Staat, seine denkmalschützerischen Aufgaben besser, effektiver und nicht zuletzt für das Staatsbudget kostengünstiger erfüllen zu können, als er das ohne die – selbstverständlich rein freiwillige – bürgerliche Unterstützung könnte. Wird der Bürger hingegen für die Denkmalbehörde zu einer

Belastung, weil er einen „in keinem vernünftigen Verhältnis“ mit der primären Aufgabe der Behörde – laut Davydov (2017, 11) wenigstens sinngemäß die wissenschaftliche Qualitätssicherung in der Bodendenkmalpflege – stehenden „Ausbildungs- und Betreuungsaufwand“ verursacht, hat sie nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, eine klare Grenze zu ziehen und jedwedes selbstständige bürgerliche Engagement zu unterbinden. Nicht nur das: es obliegt auch allein der Behörde selbst, zu bestimmen, wo sie die Grenze zwischen erwünschter bürgerlicher Unterstützung und unerwünschter Belastung durch bürgerliche Hilfsangebote ziehen möchte.

Dies entspricht auch der in der staatlichen archäologischen Denkmalpflege weit verbreiteten Sichtweise der Stellung „privater“ archäologischer Grabungsfirmen, die seit etwa zwei Jahrzehnten zunehmend die „angewandte Denkmalpflege“ im Bereich der archäologischen Feldforschung (oft gegen nicht unbedeutenden Widerstand durch die Behörde) übernehmen bzw. übernommen haben, diesen Behörden gegenüber. Diese Privatunternehmen werden oft von den Denkmalfachbehörden mehr oder minder als „behördliche Subunternehmer“ betrachtet, deren Aufgabe es ist, auf ihr eigenes ökonomisches Risiko privatwirtschaftlich die Lücken zu stopfen, die der Staat durch die notorische Unterfinanzierung der Denkmalbehörden aufgerissen hat.¹ Als zuarbeitende Hilfskräfte willkommen (oder wenigstens zähneknirschend als notwendiges Übel akzeptiert), räumen die Behörden dennoch den Grabungsfirmen – und zwar insbesondere was wissenschaftlich mit der angetroffenen Archäologie geschehen soll – keinerlei signifikante Entscheidungsbefugnisse oder gar wissenschaftliche Rechte ein. Davydovs eigene Behörde, das LfDH, ging dabei bis vor kurzem sogar soweit, ohne jedwede Rechtsgrundlage dafür die Erteilung von NFGs per Grabungsrichtlinien und Bescheidaufgabe mit der Übertragung von Publikationsrechten an das LfDH (2015, 4) zu verbinden: eine Enteignung privater geldwerter Rechte Dritter durch eine staatliche Behörde zu ihren eigenen Gunsten.

Manche Denkmalbehörden glauben also, dass alle Rechte, und insbesondere alle wissenschaftlichen Rechte, im Bereich der archäologischen Feldforschung exklusiv bei ihnen selbst liegen. Andere, ob nun „gewöhnliche“ BürgerInnen oder auch archäologische Privatunternehmen, haben hingegen keinerlei Rechte, sondern sind – sofern sie sich unentgeltlich „ehrenamtlich“ oder entgeltlich „zu privatwirtschaftlich drittmittelfinanzierten Erwerbszwecken“ an der archäologischen Feldforschung beteiligen wollen – der staatlichen Denkmalbehörde dienstpflichtig. Ihre Beteiligung ist allerdings nur möglich, wo sie der Denkmalbehörde hilfreich sind und dieser sinnvoll erscheinen, d.h. wo ihre Hilfsleistungen der Bequemlichkeit und dem Vorteil der Behörde dienen. So etwas wie Anspruchsrechte außenstehender Dritter auf Beteiligung an der archäologischen Denkmalpflege sind hingegen vollkommen ausgeschlossen, insbesondere, wo sie zu einer Belastung der Behörde führen würden.

Anders gesagt: BürgerInnen dürfen sich aus behördlicher Sicht an der archäologischen Feldforschung und Denkmalpflege beteiligen, wie, wo, und wann es der staatlichen Denkmalbehörde recht ist, zu

¹ In manchen Ländern haben sich Denkmalbehörden dafür sogar – wenigstens teilweise rechtlich höchst fragwürdige (siehe dazu schon Karl 2011, 110-127) – Umgehungskonstruktionen geschaffen, um „private Arme“ betreiben zu können, die zwar am Papier nichts mit der Behörde zu tun haben, aber von ihr dennoch als Teil ihres Apparats verstanden und verwendet werden (können). Auf diesem Weg wird – ebenso wie auf anderen, oft ebenso dubiosen oder noch dubioseren Wegen – wenigstens versucht, die staatliche Planstellenbewirtschaftung irgendwie zu umgehen (siehe dazu zuletzt für Österreich RH 2017, 70-79, insbesondere 78-79); wenn nicht sogar womöglich noch Schlimmeres (man denke hier zum Beispiel die Probleme mit „Kettenverträgen“ in Baden-Württemberg und deren jüngere Folgen).

den Konditionen, die der staatlichen Denkmalbehörde angemessen erscheinen, solange es dieser nützt und sie nicht belastet. Die staatliche Denkmalbehörde hat hingegen gegenüber den BürgerInnen überhaupt keine Verpflichtungen, sondern ist ausschließlich *„ihrer primären Aufgabe – für eine „geordnete und wissenschaftlich fundierte“ Bodendenkmalpflege zu sorgen –“* (Davydov 2017, 11) verpflichtet.

Internationale Übereinkommen und völkerrechtliche Verpflichtungen

Davydov (2017) gibt in seinem Beitrag zur Begründung dieser Ansicht einen handlichen Überblick über internationale Übereinkommen, ethische Standards, etc., für die Bodendenkmalpflege und den Kulturgüterschutz (die übrigens praktisch alle direkt aus der Feder staatlicher DenkmalpflegerInnen stammen). In dieser Begründung weist er zwar durchaus auf die zunehmende Betonung von Bürgerbeteiligung in internationalen Übereinkommen hin, relativiert diese aber auch gleich wieder.

Er hält fest, dass selbst bei der Betrachtung der Faro-Konvention (Europarat 2005) nicht aus dem Auge verloren werden dürfe, dass diese *„laut ihrer Präambel als eine Fortentwicklung der vorangegangenen Europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen Erbes, darunter auch der Konvention von La Valetta, verstanden“* (Davydov 2017, 3) sein wolle und *„daher nichts an dem der Konvention von La Valetta zugrunde liegenden Konzept des effektiven staatlichen Bodendenkmalschutzes, der u. a. durch den Vorrang der Erhaltung in situ gekennzeichnet“* (ibid.) sei, ändere. Er kommt daher zum Zwischenergebnis, *„dass weder in den international anerkannten Grundsatzdokumenten und Positionspapieren zur Bodendenkmalpflege noch in den europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen (archäologischen) Erbes – von ihrer jeweiligen innerstaatlichen Geltung in Deutschland einmal abgesehen – eine Freiheit der archäologischen Forschung postuliert wird, die Jedermann dazu berechtigen würde, ohne staatliche Überwachung Nachforschungen oder Ausgrabungen durchzuführen.“* (ibid.).

Wie üblich ist aber die behördliche Lesung (siehe schon [„Behördliche Lesenverständnisprobleme“](#)) der völkerrechtlichen Grundlagen bemerkenswert selektiv. Denn gerade die Faro-Konvention verweist bereits in ihrer Präambel, noch ehe sie auf ältere europäische Übereinkommen im Bereich des Kulturgüterschutzes verweist, zuerst einmal darauf, dass *„...jeder Mensch das Recht hat, sich mit dem Kulturerbe seiner Wahl unter Achtung der Rechte und Freiheiten der anderen zu befassen“* (Europarat 2005). Dieses Jedermannsrecht wiederum leitet sich laut ebendieser Präambel aus dem Menschenrecht *„auf freie Teilhabe am kulturellen Leben, das in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) verankert ist und vom Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966) gewährleistet wird“* (ibid.) ab (sinngemäß auch noch einmal wiederholt in Art. 1a der Konvention).

Mehr noch, in ihrem Art. 4 führt die Faro-Konvention explizit aus, dass die Vertragsparteien anerkennen, dass *„a. jeder Mensch, einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen, das Recht besitzt, einen Nutzen aus dem Kulturerbe zu ziehen und zu seiner Bereicherung beizutragen; b. jeder Mensch, einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen, die Verpflichtung besitzt, das Kulturerbe anderer genauso zu achten wie das eigene Kulturerbe und folglich auch das gemeinsame Erbe Europas; c. die Ausübung des Rechtes auf Kulturerbe nur jenen Beschränkungen unterworfen werden kann, welche in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz des öffentlichen Interesses sowie der Rechte und Freiheiten Dritter notwendig sind.“* (ibid.).

Davydovs Lesung des Völkerrechts ist übrigens auch ähnlich selektiv wie die der Landesverfassungen und Bundesverfassung durch diverse Denkmalbehörden und ihre JuristInnen: diese verweisen zwar regelhaft und gerne auf die Kulturstaatsklauseln der jeweiligen Landesverfassungen, vergessen aber regelhaft darauf, zu erwähnen, dass die Landesverfassungen ebenso wie die Bundesverfassung in der Regel die Wissenschaftsfreiheit vorbehaltlos schützen und selbst die Kulturstaats- bzw. Denkmalschutzklauseln der Landesverfassungen oft auch die Förderung der wissenschaftlichen Erforschung oder Nutzung des Kulturerbes zum Staatsziel erklären.² Interessanterweise scheinen das die Juristen der Denkmalbehörden regelmäßig zu überlesen, ebenso wie Davydov im konkreten Fall wohl gänzlich unabsichtlich jene Teile der Präambel und der allgemeinen Eingangsbestimmungen der Faro-Konvention übersehen hat, die das Gegenteil von dem sagen, was er in der archäologischen Denkmalpflege gerne hätte.

Gerade in diesem Zusammenhang ist es auch durchaus relevant, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR; Vereinte Nationen 1948) etwas genauer zu betrachten, nachdem die Faro-Konvention explizit auf diese verweist. Denn die AEMR stellt in Art. 27 Abs. 1 fest: *„Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben“*. Das ist zwar nicht per se völkerrechtlich verbindlich, aber bestimmt doch sehr genau, wie das Recht auf Beteiligung am kulturellen Erbe der Faro-Konvention zu interpretieren ist: sicherlich nicht nur als Recht, den staatlichen Denkmalbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben dienstbar zu sein; sondern sicherlich auch sich selbstbestimmt am Prozess der *„Bestimmung, Erforschung, Deutung, des Schutzes, Bewahrung und Darstellung des Kulturerbes“* (Art. 12 a Europarat 2005) beteiligen zu können.

Dies gilt nur umso mehr, als Art. 6 a der Faro-Konvention explizit bestimmt, dass *„(k)eine Bestimmung dieses Übereinkommens [...] so auszulegen“* sei, *„dass dadurch: a. die Menschenrechte und Grundfreiheiten, die durch internationale Rechtsakte, insbesondere die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und das Übereinkommen zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützt werden, begrenzt oder untergraben werden“* (Europarat 2005). Aber selbst, wenn das nicht explizit in der Faro-Konvention stünde oder sich Davydov auf den Standpunkt zurückziehen wollte, dass Deutschland dieses internationale Übereinkommen noch nicht ratifiziert hätte und daher an seine Bestimmungen (noch) nicht gebunden wäre, würde das wenig nutzen, um ein bürgerliches

² So z.B. die „Kulturstaatsklauseln“ des Art. 3c Landesverfassung (LV) Baden-Württemberg; Art. 20 LV Berlin; Art. 11 LV Bremen; Art. 16 LV Mecklenburg-Vorpommern; Art. 6 LV Niedersachsen; Art. 18 LV Nordrhein-Westfalen; Art. 40 LV Rheinland-Pfalz; Art. 34 Abs. 1 Saarland; Art. 11 LV Sachsen; Art. 36 LV Sachsen-Anhalt; Art. 13 LV Schleswig-Holstein; und Art. 30 Abs. 1 LV Thüringen. Ebenso enthalten wenigstens manche – diesem allgemeinen Kulturstaatsprinzip samt den damit verbundenen Anspruchsrechten der BürgerInnen auf Teilhabe am kulturellen Leben der Gemeinschaft und zur möglichst freien kulturellen Selbstverwirklichung selbstverständlich untergeordneten – „Denkmalschutzklauseln“ mancher Landesverfassungen (so z.B. Art. 34 LV Brandenburg; Art. 40 LV Rheinland-Pfalz; Art. 34 Abs. 2 LV Saarland; Art. 30 Abs. 2 LV Thüringen) explizite Teilhabe- und Zugangsrechte der BürgerInnen an und zu Kulturgütern bzw. Denkmalen. Generell mögen die deutschen Länder und der österreichische Staat Denkmale durchaus wegen des ihnen innewohnenden, eigenen Wertes schützen; dieser Wert ist aber selbstverständlich ihr Wert für und im gegenwärtigen Kulturschaffen und Wissenschaftsbetrieb. Ziel des Denkmalschutzes ist und kann schließlich nicht die Erhaltung vergangenen Kulturschaffens auf Kosten des gegenwärtigen Kulturschaffens sein; noch die Erhaltung der Quellen der zukünftigen wissenschaftlichen Forschung auf Kosten der gegenwärtigen wissenschaftlichen Forschung. Vielmehr ist letztendliches Ziel des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege die Förderung des gegenwärtigen (und damit mittelbar auch des zukünftigen) Kulturschaffens und der Weiterentwicklung der Wissenschaften; nicht die Herbeiführung eines Stillstandes in diesen Bereichen bürgerlichen bzw. menschlichen Handelns.

Anspruchsrecht auf selbstbestimmte Beteiligung am kulturellen Erbe und seiner wissenschaftlichen Erforschung wegargumentieren zu können. Denn ebendieses Anspruchsrecht ist schon völkerrechtlich verbindlich durch Art. 15 (insbesondere Abs. 1 und 3) des internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gewährleistet worden, den sowohl Deutschland ([BGBl. 1973 II S. 1569](#)) als auch Österreich ([BGBl. Nr. 590/1978](#)) schon lange ratifiziert haben.

Es versteht sich von selbst, dass auch internationale Kulturgüterschutzabkommen wie die Charta von Lausanne oder die Valetta-Konvention nicht derart interpretiert werden können, dass sie die Begrenzung oder Untergrabung von Menschenrechten wie des Rechts auf Teilhabe am kulturellen Leben der Gemeinschaft gestatten. Die Achtung und Durchsetzung der Menschenrechte ist schließlich nicht nur eines der höchsten Staatsziele sowohl Deutschlands als auch Österreichs, sondern auch eines der höchsten Ziele der Europäischen Union und der Vereinten Nationen. Alle europäischen und auch UNESCO-Übereinkommen sind daher jedenfalls stets so zu interpretieren, dass ihre Bestimmungen nicht direkt dem für Kulturerbe relevanten Menschenrecht widersprechen.

Dementgegen scheint es nachgerade absurd, wie Davydov (2017) in internationalen und nationalen Rechtsquellen nach einem spezifischen Recht auf „archäologische“ Forschungsfreiheit und Bürgerbeteiligung zu suchen. Anspruchsrechte auf selbstbestimmte wissenschaftliche Forschung und Kulturbeteiligung werden schließlich bereits generell völker- und verfassungsrechtlich allen Menschen in allen Bereichen der wissenschaftlichen Forschung und der Beteiligung an allen Bereichen des kulturellen Lebens der Gemeinschaft gewährleistet. Eine separate Gewährleistung spezifisch „archäologischer“ Forschungs- und Beteiligungsrechte ist daher sicherlich nicht erforderlich. Ein (teilweises) Fehlen ihrer expliziten Nennung in „archäologischen“ völkerrechtlichen Übereinkommen und verfassungsgesetzlichen, denkmalschützerischen Staatszielbestimmungen ist daher auch nicht dazu geeignet, die Schlussfolgerung zu begründen, dass ein Jedermannsrecht auf freie archäologische Forschung und ebenso selbstbestimmte Beteiligung am kulturellen Erbe ohne staatliche Überwachung jeder beliebigen derartigen Handlung nicht bestehen würde. Vielmehr ist vollkommen klar, dass ein solches Recht selbstverständlich besteht.

Kultur- und Wissenschaftsfreiheit und archäologische Denkmalpflege

Natürlich – und soweit liegt Davydov (2017) auch richtig – ist auch die Kultur- und Wissenschaftsfreiheit, obgleich Menschen- und vorbehaltloses Grundrecht, nicht gänzlich unbeschränkt: soweit dies zum Schutz eines gleichermaßen verfassungsgesetzlich geschützten öffentlichen Interesses oder der Rechte und Freiheiten Dritter notwendig ist, kann selbstverständlich – wie eben auch Art. 4 c der Faro-Konvention (Europarat 2005) bestimmt – auch das Recht auf kulturelle oder wissenschaftliche Beteiligung am kulturellen Erbe staatlichen Beschränkungen unterworfen werden. Allfällig vorhandene Kulturstaatlichkeits- bzw. Denkmalschutzklauseln in den diversen, örtlich relevanten Verfassungsgesetzen dienen daher einerseits dafür, derartige, im öffentlichen oder berechtigten Interesse Dritter gelegene Beschränkungen überhaupt erst verfassungskonform zu ermöglichen, aber andererseits auch dafür, dieser Beschränkungsmöglichkeit gemeinsam mit einzelgesetzlichen Denkmalschutzbestimmungen gesetzliche Schranken zu setzen. Soweit staatliche Denkmalbehörden also im Rahmen der Gesetze eine gewisse Kontrolle über die Ausübung dieser Rechte – sofern ihre unbeschränkte Ausübung bedeutende Denkmale maßgeblich gefährden kann – wahrnehmen, ist dies auch verfassungs- und völkerrechtlich unbedenklich.

Wesentlich ist dabei allerdings insbesondere das Verhältnis zwischen allgemeinen und vorbehaltlosen Grund- und Menschenrechten und den verfassungsrechtlichen Denkmalschutzklauseln: bestimmen die Ersteren allgemeine Abwehr- und Anspruchsrechte aller BürgerInnen gegenüber dem Staat, definieren die Letzteren die Möglichkeiten des Staates, der unbeschränkten Ausübung dieser Rechte gewisse, zum Schutz des öffentlichen Interesses an der Erhaltung bedeutender Denkmale erforderliche und mit der dadurch vorgenommenen Beschränkung der genannten Individualrechte verhältnismäßige, Grenzen zu setzen. Daraus folgt zwingend, dass in der Regel in diesem spezifischen Verhältnis zwischen miteinander potentiell kollidieren könnenden Rechtsgütern die allgemeinen, vorbehaltlos garantierten Grund- und Menschenrechte das höhere Schutzgut darstellen: diese werden schließlich – vorerst einmal generell und unbeachtlich der genaueren Umstände des konkreten Einzelfalls – grundsätzlich allen Menschen vorbehaltlos garantiert.

Nur wenn es – eben im konkreten Einzelfall aufgrund der in diesem bestehenden, genaueren Umstände – zum Zwecke der Abwehr konkreter, signifikanter Gefahren für das ebenfalls, aber vergleichsweise schwächer verfassungsgesetzlich geschützte Rechtsgut der Erhaltung der Denkmale unumgänglich erforderlich ist, können diese allgemeiner garantierten Grund- und Menschenrechte vom Staat überhaupt beschränkt werden (siehe dazu, spezifisch im Kontext der Wissenschaftsfreiheit in Österreich, Berka 1999, 346). Dabei ist aber zusätzlich selbst in solchen Einzelfällen, in denen eine derartige Beschränkung dieser allgemeinen Grund- und Menschenrechte aufgrund der in diesen Fällen gegebenen besonderen Umstände möglich erscheint, ihre Beschränkung durch den Staat nur insoweit zulässig, als das mit der dadurch verursachten Beschränkung von Forschungs- und Kulturbeteiligungsfreiheit im verfassungsrechtlichen Sinn verhältnismäßig ist (siehe dazu für Österreich Berka 1999, 156-167; sinngemäß gleich für Deutschland z.B. Pieroth et al. 2015, 72-76).

Die gesetzlichen Schutzbestimmungen für Denkmale müssen also sowohl zum Erreichen des gesetzlichen Schutzziels der Gefahrenabwehr geeignet, als auch zum Erreichen dieses Schutzziels (unbedingt) erforderlich und mit dem dadurch vorgenommenen Eingriff in die geschützten Grund- und Menschenrechte im engeren Sinn verhältnismäßig sein (Berka 1999, 199-163). Ist eine denkmalrechtliche Schutzbestimmung daher nicht dazu geeignet und/oder nicht dafür erforderlich, eine durch die freie Ausübung von („archäologischer“) Forschungs- oder Kulturbeteiligungsfreiheit verursachte, konkrete Gefahr für die Erhaltung der Denkmale abzuwehren oder beschränkt sie übermäßig (und sei es auch nur eine) dieser Freiheiten, ist sie unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

Damit lässt sich aber auch aus diesen Rechtgrundlagen kein Forschungsvorrecht der staatlichen Denkmalbehörden herleiten, das es diesen erlauben würde, allen BürgerInnen die Beteiligung an der „Bestimmung, Erforschung, Deutung, des Schutzes, Bewahrung und Darstellung des Kulturerbes“ (Art. 12 a Europarat 2005) nur ausnahmsweise und nur, wenn das der Behörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hilft, zu gestatten und sie sonst und insbesondere, wenn derartige Hilfsangebote die Behörde belasten, zu verbieten. Vielmehr ergibt sich ein ganz unmittelbares und eindeutiges Anspruchsrecht aller Grund- und MenschenrechtsträgerInnen, sich so frei als irgendwie möglich am Prozess der Erforschung und Nutzung des kulturellen Erbes zu beteiligen, wie es ihnen gefällt; während die Denkmalbehörde als zuständige Verwaltungseinrichtung des dieses Anspruchsrecht gewährleistenden Staates diesen RechtsträgerInnen soweit es möglich ist dienstbar zu sein hat. Denn es ist nicht primär der Staat und schon gar nicht seine Behörden, sondern es sind alle StaatsbürgerInnen bzw. sogar alle Menschen, die Rechtsträger des Forschungs- und

Kulturbeteiligungsrechte sind: der Staat hat allen Menschen diese Rechte und ihre möglichst unbeschränkte Ausübung zu gewährleisten; nicht die Menschen dem Staat und seinen Organen die Ausübung dieser Rechte zu gewährleisten oder auch nur seine diesbezüglichen Aufgaben zu erleichtern.

Daraus folgt zwingend, dass gerade und insbesondere dann, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass der Schutz des Allgemeinwohlgutes der Erhaltung der Bodendenkmale nur dann hinreichend gewährleistet werden kann, wenn jene Menschen, die Denkmale zu entdecken versuchen (wollen), dazu entsprechend ausgebildet wurden und dabei ausreichend betreut werden (Davydov 2017, 11), diese Behörde dafür Sorge zu tragen hat, dass die für die Beteiligung aller Interessierten erforderliche Ausbildung und Betreuung gewährleistet ist. Denn es ist gerade nicht die Aufgabe der Denkmalbehörden, die Denkmale durch ihr behördliches Handeln „*im Interesse aller [...] vor den Zugriffen aller*“ (Lüth 2006, 102) zu schützen, sondern vielmehr ihre Aufgabe allen, die das wollen, die möglichst freie, selbstbestimmte (und gleichzeitig möglichst nachhaltige) wissenschaftliche und kulturelle Nutzung der Denkmale zu ermöglichen. Ist dafür – z.B. im Bereich der archäologischen Feldforschung – eine gewisse Mindestkompetenz erforderlich, wird es automatisch auch zu einer der primären Aufgaben der Denkmalbehörden, jenen, die solche Nachforschungen betreiben oder sich anderswie am Kulturerbe beteiligen (d.h. „Zugriff“ auf es haben) wollen, diese Kompetenzen in geeigneter Form (und auch ausreichender Menge) zu vermitteln.

Letztendlich dient nämlich nicht der Mensch dem Denkmal, sondern das Denkmal dem Menschen; und schon gar nicht der Mensch den Denkmalbehörden, sondern diese und die in ihnen tätigen öffentlichen Bediensteten den Menschen; auch wenn sie das eventuell nicht wahrhaben wollen.

Zwischenergebnis

Es ist also als Zwischenergebnis entgegen Davydovs (2017, 3) Ansicht festzuhalten, dass eine Freiheit der archäologischen Forschung, die Jedermann dazu berechtigen würde, ohne **unnötige** staatliche Überwachung beliebige archäologische Forschungen (inklusive Ausgrabungen) durchzuführen, sehr wohl besteht und auch sowohl völker- als auch verfassungsrechtlich durch höchstrangige Rechtsquellen garantiert ist. Beschränkt darf diese Freiheit, wie auch die parallele Freiheit jedes Menschen, sich selbstbestimmt am Kulturerbe zu beteiligen, vom Staat nur insoweit werden, als dies zum Schutz des Allgemeinwohlgutes der archäologischen Denkmale geeignet, erforderlich, und mit der dadurch verursachten Beschränkung der Kulturbeteiligungs- und Forschungsfreiheit im engeren Sinn verhältnismäßig ist.

Das bedeutet natürlich, dass dieses Recht durchaus beschränkt werden darf, wo es notwendig ist. Damit kommen wir zum zweiten Teil dieses Beitrags:

Können, dürfen, sollen

Die Frage, unter der Davydovs (2017) Artikel steht ist die, ob jeder graben kann. Diese Frage ist zwar aus archäologischer Sicht sehr wichtig, im gegenständlichen Kontext aber leider – zwar nicht gänzlich, aber doch weitgehend – irrelevant. Denn ob jemand im rechtlichen Sinn graben darf, hängt derzeit in aller Regel überhaupt nicht davon ab, ob er graben kann, sondern von ganz anderen Faktoren. Die eigentlich relevante Frage ist dabei allerdings weder die Frage, ob jemand im rechtlichen Sinn graben darf, noch ob er im archäologischen Sinn graben kann. Die einzig wirklich relevante Frage ist eigentlich, ob er im denkmalpflegerischen Sinn graben soll oder nicht graben soll. Was jemand archäologisch

kann, was jemand rechtlich darf, und was jemand denkmalpflegerisch tun oder lassen soll, ist nämlich keineswegs dasselbe.

Graben können

Ob jemand graben kann, ist eigentlich nur aus archäologisch-wissenschaftlicher Sicht wichtig; und das auch nur dann, wenn jemand archäologische Befunde ausgräbt und die darin enthaltenen beweglichen Kleinfunde birgt. Befinden sich dort, wo jemand gräbt, keine „ungestörten“ archäologischen Befunde, ist vollkommen egal, ob der, der dort gräbt, archäologisch graben kann oder nicht; sowohl aus archäologischer als auch aus denkmalpflegerischer Sicht (obwohl eventuell nicht aus rechtlicher Sicht). Schließlich kann dort, wo keine Archäologie vorkommt, durch eine Nachforschung oder Grabung auch weder im positiven Sinn Archäologie sachgerecht dokumentiert noch im negativen Sinn ein Bodendenkmal zerstört werden. Wo kein Bodendenkmal ist, kann auch durch inkompetent durchgeführte Nachforschungen oder Grabungen keines gefährdet werden.

Befindet sich hingegen dort, wo jemand gräbt, Archäologie, dann ist aus archäologischer Sicht wichtig, dass der Grabende sachgerecht und professionell vorgeht; weil nur dadurch sichergestellt werden kann, dass so wenige der an Ort und Stelle vorhandenen archäologisch signifikanten Informationen als möglich der archäologischen Wissenschaft verloren gehen. Wird die am Grabungsort vorkommende archäologische Information nämlich nicht bei der Ausgrabung der an Ort und Stelle befindlichen Befunde sachgerecht aufgezeichnet, ist sie für immer verloren: die Ausgrabung eines Befundes zerstört ihn unwiederbringlich und er kann daher auch in der Zukunft nicht mehr sachgerecht dokumentiert und die in ihm gespeicherte Information ausgelesen werden.

Aus rechtlicher Sicht ist es hingegen vorerst einmal egal, ob der, der Archäologie ausgräbt, auch tatsächlich sachgerecht archäologisch ausgraben kann. Denn in allen derzeitigen deutschen und österreichischen Denkmalschutzgesetzen hängt die Rechtmäßigkeit einer Grabung an einer Stelle, an der sich Archäologie befindet, nicht davon ab, ob der Grabende graben kann, sondern nur davon, ob er die für die betreffende Grabung erforderlichen Genehmigungen hat. Am deutlichsten bemerkt man das daran, dass der Bauunternehmer auf einer von den Denkmalbehörden zur Verbauung freigegebenen Bodenfläche auch alle archäologischen Befunde wegbaggern (lassen) darf, die sich dort möglicherweise noch befinden: hat er die denkmalbehördliche Baufreigabe, kommt es nicht (mehr) darauf an, was an Ort und Stelle wirklich der Fall ist und was er kann oder nicht kann, sondern er darf die Archäologie völlig unsachgemäß und gänzlich ohne sie zu dokumentieren mit dem Bagger ausgraben.

Ebenso ist es aus denkmalschützerischer Sicht vollkommen egal, ob der, der tatsächlich vorhandene Archäologie ausgräbt, tatsächlich sachgerecht ausgraben kann. Gerade in der deutschen Denkmalpflege geht es schließlich stets um die unveränderte Erhaltung der historisch gewachsenen Erscheinung und Substanz des Denkmals als authentische Bodenurkunde (siehe dazu schon „[Die Bewertung archäologischer Denkmale](#)“; cf. Z.B. Viebrock 2007, 238; Strobl & Sieche 2010, 264-265; Bazil et al. 2015, 16-17, 42). Die Ausgrabung eines Bodendenkmals zerstört jedoch bzw. verändert zumindest genau diesen Urkundencharakter (Riegl 1903, 30) und somit auch das Bodendenkmal an sich. Damit ist aus denkmalschützerischer Sicht letztlich irrelevant, wie das Denkmal zerstört oder verändert wird: eine „sachgemäße“ Denkmalzerstörung oder auch nur Denkmalveränderung kann es aus denkmalschützerischer Sicht nicht geben.

Ob jemand graben kann, spielt daher bestenfalls in der Handhabungspraxis der Denkmalbehörden bei der Vergabe von Nachforschungsgenehmigungen eine Rolle; d.h. zumeist nur dann, wenn jemand auch tatsächlich Archäologie entdecken und ex situ bergen oder Arbeiten durchführen will, bei denen er mit der Entdeckung und ex situ-Bergung von bereits bekanntermaßen oder wenigstens aufgrund konkreter Hinweise mutmaßlich am Ort seiner geplanten Arbeiten vorkommenden Bodendenkmalen rechnen muss. Die Erteilung einer derartigen NFG kann die örtlich und sachlich zuständige Denkmalbehörde – soweit dies zum Schutz der mutmaßlich an Ort und Stelle vorkommenden Bodendenkmale erforderlich ist – vom Nachweis der Kompetenz der die betreffenden Arbeiten planenden Person bzw. des die mit den geplanten Arbeiten verbundenen archäologischen Ausgrabungen oder sonstigen Feldforschungsmaßnahmen durchführenden Personals abhängig machen. Gesetzlich verpflichtend vorgeschrieben ist ein solcher Kompetenznachweis jedoch nicht.³

Das mag den Denkmalbehörden (und mir) nicht gefallen, aber es ist derzeit rechtlich gesehen trotzdem so.

Graben dürfen

Ob jemand graben darf, ist nur aus rechtlicher Sicht wichtig und hat nicht das mindeste damit zu tun, ob der, der graben will, archäologische Ausgrabungen durchführen kann oder soll, selbst wenn er an einer Stelle gräbt, an der tatsächlich Bodendenkmale im Boden vorkommen.

Davydov (2017, 4-7) fasst hier die Rechtslage für Deutschland sehr effektiv zusammen, wenn er zwischen Regelungen mit subjektivem Anknüpfungstatbestand, solchen mit kombinierten Tatbestandsvoraussetzungen und solchen mit objektivem Anknüpfungstatbestand unterscheidet. Die Regelungen des österreichischen Denkmalschutzgesetzes (DMSG) würden in dieser Kategorisierung wohl in die mittlere Kategorie fallen (subjektiver Anknüpfungstatbestand für „Nachforschungen“, objektiver für alle anderen Veränderungen von und die Verwendung von Bodensuchgeräten aller Art zu egal welchem Zweck auf konstitutiv geschützten Denkmalen). Dabei ist der wesentliche Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Anknüpfungstatbeständen der, dass beim subjektiven der Täter gezielt die Entdeckung bzw. Extraktion von Bodendenkmalen ex situ bezwecken muss, damit die damit verbundenen Rechtsfolgen (insbesondere die jeweilige NFG-Pflicht) des jeweiligen DSchG bzw. DMSG eintreten. Bei den objektiven muss hingegen zumeist dem Täter bereits bekannt oder von ihm wenigstens den Umständen nach zu vermuten gewesen sein, dass sich auf der von seinen geplanten Handlungen betroffenen Bodenfläche tatsächlich geschützte Boden- bzw. Kulturdenkmale befinden.

Das bedeutet, dass im erstgenannten Fall – des rein subjektiven Anknüpfungstatbestandes – jeder stets graben darf, solange er mit seinen Grabungen nicht die Absicht verfolgt, Bodendenkmale zu entdecken; völlig unbeachtlich der Fragen, ob er archäologisch graben kann und/oder ob tatsächlich

³ Dies ist nicht einmal in Österreich der Fall, wo die Möglichkeit zur Erteilung einer Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG laut Gesetzeswortlaut und zugehörigen Erläuterungen in der Regierungsvorlage (RV 1999, 54) an den Nachweis des Abschlusses eines einschlägigen Universitätsstudiums (mit „praktischer Ausgrabungstätigkeit“ als „Pflichtfach“) gebunden ist: schließlich kann der/die AbsolventIn sein/ihr einschlägiges Universitätsstudium vor 50 Jahren abgeschlossen und das „Pflichtfach“ der „praktischen Ausgrabungstätigkeit“ mit einem bloßen Genügend bestanden haben, seither aber an keiner einzigen archäologischen Ausgrabung teilgenommen und sich auch nicht sonstwie einschlägig fortgebildet haben. Solange er/sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, kann die Grabungsgenehmigung auch trotz tatsächlich nicht bestehender praktischer Kompetenz des/der Betroffenen erteilt werden. Dies geschieht zwar in der Regel in der Praxis nicht, rechtlich ist es aber möglich.

an Ort und Stelle Bodendenkmale vorkommen. Möchte ich also auf einer beliebigen Bodenfläche, die nicht bereits bekanntermaßen als Denkmal oder Grabungsschutzgebiet geschützt ist, Grabungen zum Zwecke der körperlichen Ertüchtigung, der Anlage von Blumenbeeten, oder sogar – archäologisch vorausschauend nicht völlig irrelevant – zur Verbergung eines Schatzfundes im Boden durchführen, darf ich dies in allen Ländern, in denen nur der subjektive Anknüpfungstatbestand die denkmalrechtliche NFG-Pflicht auslöst, völlig ungeniert. Schließlich wird die denkmalrechtliche NFG-Pflicht in solchen Ländern überhaupt erst durch die „Entdeckungsabsicht“ ausgelöst; während alle Handlungen, bei denen diese Absicht nicht besteht, der jeweiligen gesetzlichen NFG-Pflicht überhaupt nicht unterworfen sind (und daher auch ihre ungenehmigte Durchführung nicht verboten ist).

Eine gewisse Ausweitung des subjektiven Anknüpfungstatbestandes ist durch Einschluss des Eventualvorsatzes und der bloßen Fahrlässigkeit zwar möglich. Aber auch damit erreicht man maximal eine Ausdehnung der NFG-Pflichten auf Bodenflächen, bei denen der Durchschnittsbürger ohne unverhältnismäßigen Aufwand ermitteln kann, dass sich tatsächlich auf ihnen Bodendenkmale befinden dürften; d.h. wo bereits konkrete Hinweise auf deren Vorkommen vorliegen (siehe dazu zuletzt in Österreich [VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#)). Nicht erreicht man hingegen alle Bodenflächen, auf denen zwar Bodendenkmale vorkommen könnten, aber von denen noch keine konkreten Hinweise bekannt sind, dass auch tatsächlich Bodendenkmale auf ihnen vorkommen; wenigstens solange der Planende mit seinen Handlungen keine „Entdeckungsabsicht“ verfolgt. Das bedeutet wiederum, dass jeder wenigstens auf etwa 99% der jeweiligen Landesfläche ungeniert aus jedem anderen Grund als zum Zweck Bodendenkmale zu entdecken beliebige Löcher graben darf; auch wenn an Ort und Stelle tatsächlich Bodendenkmale vorhanden sind.⁴

Umgekehrt ist es im letztgenannten Fall – der rein objektiven Anknüpfungstatbestände des DSchG-SH – so, dass jeder ohnehin stets alle jene Handlungen setzen darf, die das Gesetz nicht explizit einer Genehmigungspflicht unterwirft. Nachdem gem. § 12 Abs. 2 DSchG-SH aber nur die Anwendung archäologischer Methoden und alle Nachforschungen, Erdarbeiten oder Bergungen unter Wasser an Stellen, von denen bekannt oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden, sowie das Verwenden von Mess- und Suchgeräten, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht unterliegen, sind die sonstigen Grabungsarbeiten (w.o.) ebenfalls nicht von einer NFG-Pflicht betroffen. Im Endeffekt wird also dadurch auch nicht mehr als das Ergebnis erzielt, dass nur dort nicht gegraben werden darf, wo man aufgrund bereits bekannter, konkreter Hinweise annehmen muss, dass bedeutende Denkmale vorkommen. Das schließt also ebenso etwa 99% der Landesfläche aus, auf denen jeder dann nach Herzenslust graben darf, warum auch immer er will, ohne einer denkmalrechtlichen NFG zu bedürfen; und zwar sogar dann nicht, wenn er bei diesen Grabungen Bodendenkmale zu entdecken bezweckt.

Letztendlich bleibt es sich daher weitgehend gleich, wie man es dreht und wendet: fast jeder darf aus fast jedem beliebigen Grund nahezu überall graben, wie es ihm gefällt, ohne einer denkmalrechtlichen Genehmigung dafür zu bedürfen oder auch nur archäologisch sachgerecht graben können zu müssen, auch dort nicht, wo archäologische Denkmale im Boden vorkommen, solange deren Vorkommen dort noch weitgehend oder völlig unbekannt ist. Nur wo bereits aufgrund konkreter Hinweise mit dem Vorkommen von Bodendenkmalen gerechnet werden muss, besteht auch ein (mehr oder minder

⁴ Sofern tatsächlich welche vorhanden sind, sind sie im Falle ihrer Entdeckung bei der Durchführung der Arbeiten zu anderen als „Denkmalentdeckungszwecken“ entsprechend der jeweils dafür örtlich geltenden denkmalrechtlichen Bestimmungen als Zufallsfunde zu betrachten und zu behandeln.

ernsthafter) Schutz durch die Denkmalschutzgesetze; weil Denkmalschutzgesetze dienen letztendlich eben immer nur dem (verhältnismäßigen) Schutz der Denkmale, nicht dem Verbot von Grabungen oder Nachforschungen oder beliebiger anderen Handlungen an Orten, von denen noch überhaupt nichts bekannt ist, das es vor all diesen Handlungen zu schützen gilt.

Auch das mag den Denkmalbehörden (und mir) nicht gefallen, aber auch das ist – wenigstens derzeit – rechtlich so, ob es uns nun gefällt oder nicht.

Graben sollen

Die eigentlich aus denkmalpflegerischer Sicht wichtige Frage ist die, ob jemand, der irgendwo graben will, dort auch graben soll; oder nicht vielmehr besser das Graben dort (oder sogar überall) unterlassen soll. Diese Frage lässt sich dabei aus denkmalpflegerischer Sicht aus (wenigstens) zwei grundlegend unterschiedlichen Perspektiven betrachten, die ich – grob vereinfachend – als „Qualitätssicherungs-“ und als „Präventionsperspektive“ bezeichnen werde. Vorauszuschicken ist hierbei, dass ich grundsätzlich der Ansicht bin, dass es aus archäologisch-denkmalpflegerischer Sicht stets wenigstens wünschenswert, wenn nicht sogar erforderlich ist, möglichst viel des vermeidbaren Schadens zu verhindern, der noch in situ befindlichen Bodendenkmalen durch Grabungen (bzw. sonstige Arten von Nachforschungen) oder auch deren Unterlassung entstehen kann (siehe in diesem Sinn auch schon [„Against retention in situ“](#)).

Graben sollen aus Qualitätssicherungsperspektive

Betrachtet man die Frage, **wie** archäologisch gegraben (bzw. sonstwie nachgeforscht) werden soll, aus der Qualitätssicherungsperspektive, ist die archäologisch-denkmalpflegerisch wünschenswerte (bzw. sogar erforderliche) Antwort selbstverständlich: ausreichend sachgerecht. Wer nicht kompetent dafür ist, archäologisch sachgerecht zu graben, soll das Graben also lassen.

Dies ist auch die Perspektive, aus der – meiner Wahrnehmung nach – die überwiegende Mehrheit der deutschsprachigen archäologisch-denkmalpflegerischen Fachwelt die Frage betrachtet, wer graben (dürfen) soll. Es ist auch die, die Davydov (2017) einnimmt, wenn er danach fragt, ob jeder graben kann; und die Perspektive, die jene Gesetzgeber eingenommen haben, die den subjektiven Anknüpfungstatbestand der „archäologischen Entdeckungsabsicht“ zum Auslöser der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht gemacht haben.

Offensichtlicher Zweck derartiger Schutzbestimmungen ist also die Abwehr von den Bodendenkmalen durch nicht sachgerecht (d.h. „inkompetent“) durchgeführte archäologische Grabungen oder sonstige Nachforschungen drohenden Gefahren. Das gesetzliche Mittel, um diese Sachgerechtigkeit möglichst zu erreichen, ist die der Grabung (bzw. sonstigen Nachforschung) vorgelagerte Überprüfung der Kompetenz dessen, der sie durchführen möchte.

Die Qualitätssicherungsperspektive verknüpft also – mittelbar über die Beantwortung der Frage „Wie soll archäologisch gegraben werden?“ mit „Nur sachgerecht“ – das „archäologisch graben dürfen“ mit dem „archäologisch graben können“.

Graben sollen aus Präventionsperspektive

Betrachtet man hingegen die Frage, **was** archäologisch ausgegraben (bzw. erforscht) werden soll, aus der Präventionsperspektive, ist die archäologisch-denkmalpflegerisch wünschenswerte (bzw. sogar erforderliche) Antwort ebenso selbstverständlich: (nur) das, was (archäologisch) notwendig ist. Das,

dessen Ausgrabung nicht erforderlich ist, soll hingegen nicht archäologisch ausgegraben bzw. erforscht werden.

Dies ist auch die Perspektive, aus der – neuerlich meiner Wahrnehmung nach – die überwiegende Mehrheit der deutschsprachigen archäologisch-denkmalflegerischen Fachwelt die Frage betrachtet, wo gegraben werden soll. Es ist auch die, die Davydov (2017, 2-3) einnimmt, wenn er argumentiert, dass sowohl internationale Konventionen, Ethikkodizes als auch nationale Regelungen eine klare Präferenz für die unveränderte Erhaltung von Bodendenkmalen in situ zum Ausdruck bringen. Es ist schließlich auch jene Perspektive, die der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein eingenommen hat, als er rein objektive Anknüpfungstatbestände zu den Auslösern der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht gemacht hat.

Im Vergleich zur Qualitätssicherungs- wird bei der Präventionsperspektive die Sachlage dadurch zusätzlich verkompliziert, dass es eigentlich nicht um die Abwehr von den Bodendenkmalen spezifisch durch archäologische Grabungen und sonstige Nachforschungen geht, sondern um die Abwehr aller (vermeidbaren) Gefahren für Bodendenkmale. Zwar ist auch hier das gesetzliche Mittel, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll, eine der Grabung vorgelagerte Überprüfung, allerdings nicht (zumindest nicht primär) eine der Kompetenz dessen, der sie durchführen möchte, sondern ihrer Notwendigkeit. Die Frage, ob eine archäologische Grabung bzw. sonstige Nachforschung notwendig ist, ist aber weit schwieriger zu beantworten als die, ob der, der sie durchführen will, zu ihrer sachgerechten Durchführung kompetent ist.

Daher ist hier zuerst einmal zu ermitteln, ob die Erhaltung der am Ort der geplanten Grabung bzw. sonstigen Nachforschung allfällig vorhandenen Bodendenkmale in situ gewährleistet werden kann oder diese dort (mehr oder minder akut) durch andere Faktoren als die vorgeschlagene Grabung mit Zerstörung oder maßgeblicher Veränderung bedroht sind. Das setzt natürlich eigentlich voraus, dass an diesem Ort tatsächlich Bodendenkmale vorkommen und sowohl ihr Vorkommen an diesem Ort als auch ihnen dort drohende Gefahren bereits bekannt sind. Ist die unveränderte Erhaltung dieser tatsächlich vorkommenden Bodendenkmale in situ akut oder auch nur langfristig gefährdet, sollen diese selbstverständlich (möglichst sachgerecht) ausgegraben werden (aber siehe dazu auch schon „[Against retention in situ](#)“: besteht eine akute Gefährdung eines Bodendenkmals in situ und seine gänzlich sachgerechte Ausgrabung ist nicht möglich, ist seine unsachgemäße Bergung ex situ immer noch seiner vollständigen Zerstörung in situ vorzuziehen).

Ist die unveränderte Erhaltung des Bodendenkmals in situ nicht akut gefährdet, ist als Zweites zu ermitteln, ob seine geplante Ausgrabung bzw. Untersuchung aus wissenschaftlicher Sicht notwendig ist; d.h. ob das öffentliche Interesse an der Erhaltung des betroffenen Bodendenkmals das wissenschaftliche Interesse an seiner Ausgrabung überwiegt oder umgekehrt. Überwiegt Letzteres, soll das betroffene Bodendenkmal selbstverständlich (neuerlich möglichst sachgerecht) ausgegraben werden (wobei aber auch hier gilt, dass, falls der auch bei unsachgemäßer Ausgrabung oder Erforschung zu erwartende wissenschaftliche Erkenntnisgewinn das öffentliche Interesse an der Erhaltung des betroffenen Bodendenkmals überwiegt, auch seine unsachgemäße Bergung ex situ seiner unveränderten Erhaltung in situ vorzuziehen ist).

Ist die Ausgrabung oder sonstige Erforschung des Denkmals aus dem ersten oder zweiten genannten Grund notwendig, ist erst als Drittes und nur erforderlichenfalls zu ermitteln, ob der die Ausgrabung bzw. Erforschung des betroffenen Bodendenkmals Planende zu ihrer **ausreichend** sachgerechten

Durchführung kompetent ist. Dabei ist besonders auf das Wort "ausreichend" zu achten: ist das betroffene Bodendenkmal in situ akut durch vollständige Zerstörung bedroht, kann schon allein die (minimale) Kompetenz ausreichend sein, seine beweglichen Bestandteile vor deren Zerstörung in situ physisch dem Boden zu entreißen, um dem Kriterium der Sachgerechtigkeit zu genügen. Schließlich ist es immer noch sachgerechter, die beweglichen Bestandteile des Bodendenkmals eher schlecht als recht zu retten, als das Bodendenkmal in seiner Gesamtheit samt aller seiner beweglichen Bestandteile der vollständigen Zerstörung in situ anheimfallen zu lassen.

Die „Präventionsperspektive“ verknüpft also – mittelbar über die Beantwortung der Frage „Was soll archäologisch gegraben werden?“ mit „Nur was notwendig ist“ – das „archäologisch graben dürfen“ mit dem „archäologisch graben können“; allerdings auf ganz andere Art und Weise als die Qualitätssicherungsperspektive.

Probleme der Verknüpfung von können, dürfen und sollen

Das Problem mit der Verknüpfung von können, dürfen und sollen ist, dass beide soeben besprochenen Perspektiven in der Praxis und rechtlich nicht so funktionieren können, wie das die archäologische Denkmalpflege gerne hätte, und sie auch miteinander inkommensurabel sind.

Denn die Qualitätssicherungsperspektive betrachtet die Sachlage letztendlich aus Sicht eines konkret von („archäologischen“) Grabungen betroffenen und dadurch in situ gefährdeten Bodendenkmals, während sie alle anderen („äußeren“) Umstände gänzlich ignoriert. Sie geht sozusagen von einem imaginären Bodendenkmal aus, das – rein hypothetisch – überall vorkommen könnte; und tut dann auch so, als ob die tatsächliche Existenz dieses hypothetischen Bodendenkmals bis zum Beweis des Gegenteils überall angenommen werden könnte und müsste. Diese Sichtweise ist aber vollkommen unrealistisch und daher nicht zulässig.

Denn die gleichen Gefahren für die unveränderte Erhaltung des betroffenen hypothetischen Bodendenkmals gehen – wenn man die Sachlage aus der Sicht des betroffenen Bodendenkmals betrachtet – selbstverständlich nicht nur von Grabungen mit archäologischer Entdeckungsabsicht, sondern von allen bodenverändernden Handlungen am Ort, an dem es sich tatsächlich befindet, aus; also auch von Gartenarbeiten, Feld- und Waldarbeiten, Bauarbeiten, etc. Damit müsste man rechtlich, um nicht den Gleichheitssatz der Verfassung zu verletzen, alle Arbeiten, die ein – dort wo sie stattfinden sollen – rein hypothetisch vorkommen könnendes Bodendenkmal ebenso rein hypothetisch gefährden könnten, gleichermaßen der gleichen archäologischen Qualitätssicherung unterwerfen wie „archäologische“ Grabungen und sonstige Nachforschungen; weil sonst behandelt man sachlich Gleiches rechtlich ungleich. Oder anders gesagt: man müsste die denkmalrechtlichen NFG-Pflichten auch auf das Einsetzen von Tulpenzwiebeln im eigenen Garten ausdehnen, um sicherzustellen, dass diese Arbeiten – für den Fall, dass dabei das hypothetische Bodendenkmal der Qualitätssicherungsperspektive tatsächlich entdeckt wird – nur von Personen mit ausreichender archäologischer Grabungskompetenz durchgeführt werden. Das geht natürlich nicht, denn dadurch würde die moderne Bodennutzung praktisch gänzlich unmöglich gemacht.

Um also die Qualitätssicherungsperspektive rechtlich überhaupt rechtfertigen zu können, muss man argumentieren, dass von „archäologischen“ Grabungen und sonstigen Nachforschungen eine „besondere“ Gefahr für die Erhaltung der Bodendenkmale ausgeht; d.h. ihre unsachgemäße Veränderung bzw. Zerstörungen bei „archäologischen“ Feldforschungsmaßnahmen weitaus

wahrscheinlicher ist als durch andere Gefahrenquellen. Denn nur das bietet einen sachlichen Unterscheidungsgrund zwischen „archäologischen“ und sonstigen Grabungen (und Nachforschungen); und eine solche sachliche Unterscheidung ist notwendig, um nicht den Gleichheitsgrundsatz der Verfassung zu verletzen.

Alle Erdarbeiten, egal aus welchem Zweck sie durchgeführt werden, einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht zu unterwerfen, geht daher nur mittels der Präventionsperspektive; die eben alle (vermeidbaren) Gefahren für Bodendenkmale gleichermaßen abzuwehren versucht, nicht nur jene, die von „archäologischen“ Grabungen und Nachforschungen mit Entdeckungszweck ausgehen. Die Präventionsperspektive setzt aber zwingend voraus, dass das von beliebigen möglichen Gefahren betroffene Bodendenkmal tatsächlich real existiert und auch bereits tatsächlich bekannt ist; denn ist es das nicht, kann nicht beurteilt werden, ob seine „archäologische Ausgrabung“ notwendig ist und welche Mindestkompetenz der, der es ausgraben will, nachweisen können muss, um die von ihm geplanten Grabungsarbeiten auch durchführen zu dürfen.

Die Präventionsperspektive betrachtet also die Sachlage letztendlich aus Sicht der („äußeren“) Umstände, die ein real vorhandenes Bodendenkmal gefährden, während sie hypothetisch überall vorkommen könnende Bodendenkmale völlig ignoriert. Denn Bodendenkmale können zwar rein hypothetisch überall vorkommen, kommen aber tatsächlich an kaum einem beliebigen Ort vor. Selbst bei der großräumigeren Betrachtung bekanntermaßen fund- und befundträchtiger Fundorte kommen selten auf mehr als 10% der Bodenfläche dieser Fundstellen tatsächlich Bodendenkmale vor; dazwischen in der Regel auf deutlich weniger als 1% aller beliebigen Orte, normalerweise sogar auf deutlich weniger als 0,1%.

Man kann daher aus der Präventionsperspektive nicht alle Erdarbeiten (und auch nicht alle Nachforschungen), egal wo im Land sie stattfinden und egal wie wenig sie den Boden verändern, einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht unterwerfen. Denn das würde zum einen ebenso die ganz normale, alltägliche Bodennutzung praktisch unmöglich machen – Bauern dürften ihre Felder nicht mehr pflügen oder düngen, und niemand Tulpenzwiebeln in seinem Garten einsetzen, ohne zuvor eine archäologische NFG erteilt bekommen zu haben – und noch dazu einen absolut seltenen Ausnahmefall zum Regelfall erheben, während der tatsächliche Regelfall vollständig ignoriert würde. Das ist aber sowohl sachlich als auch rechtlich bei der in diesem Fall erforderlichen Durchschnittsfallbetrachtung⁵ unzulässig, weil von einer Handlung Planenden nicht erwartet werden kann und darf, dass er seine geplanten Handlungen ausschließlich deshalb unterlässt, weil bei ihrer Durchführung vollkommen unvorhersehbarerweise in extrem seltenen Ausnahmefällen unbeabsichtigt Schaden an noch gänzlich unbekannten Bodendenkmalen entstehen könnte, die aller Wahrscheinlichkeit nach am geplanten Handlungsort tatsächlich gar nicht vorkommen.

⁵ Die Durchschnittsfallbetrachtung ist in diesem Fall unumgänglich erforderlich, weil der Einzelfall – das noch unbekannte, aber möglicherweise im Boden vorkommende Bodendenkmal – überhaupt nicht betrachtet und beurteilt werden kann: etwas, was noch niemand kennt, kann auch niemand im konkreten Einzelfall beurteilen, auch nicht eine staatliche Denkmalschutzbehörde. Zur Einzelfallbetrachtung ist selbstverständlich die tatsächliche Kenntnis des konkreten Einzelfalls, nicht nur die hypothetische Betrachtung eines hypothetischen Einzelfalls erforderlich. Kann man nur hypothetische Fälle betrachten, weil die konkreten Umstände aller konkreten Einzelfälle noch gänzlich unbekannt sind, muss zwingend auf die Durchschnittsfallbetrachtung abgestellt werden.

Darüber hinaus kann man alle Erdarbeiten, die Bodendenkmale gefährden könnten, nur dann der gleichen denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht unterwerfen, wenn sich „archäologische“ Grabungen bzw. Nachforschungen und Erdarbeiten zu anderen als Entdeckungszwecken nicht maßgeblich in Bezug auf die von ihnen ausgehenden Gefahren für Bodendenkmale unterscheiden; d.h. von „archäologischen“ Feldforschungsmaßnahmen gerade keine „besondere“ Gefahr für die Erhaltung der Bodendenkmale ausgeht. Denn der Gleichheitsgrundsatz der Verfassung verbietet dem Gesetzgeber schließlich auch, Ungleiches gleich zu behandeln, nicht nur Gleiches ungleich zu behandeln.

Damit schließen sich aber auch notwendigerweise die Qualitätssicherungs- und die Präventionsperspektive gegenseitig aus; d.h. man kann sie auch nicht kombiniert miteinander zur Anwendung bringen. Denn dazu müsste man argumentieren, dass die „archäologischen“ Grabungen (und sonstigen Nachforschungen) ausgehende Gefahr für die Erhaltung von Bodendenkmalen gleichzeitig maßgeblich anders als und gleich wie die dafür von Erdarbeiten zu anderen Zwecken ausgehende Gefahr ist. Dies ist jedoch ein unhaltbarer Selbstwiderspruch.

Wenn überhaupt – und selbst das ist diskutierbar – ist damit eine archäologische NFG-Pflicht nur **entweder** für Grabungen und sonstige Nachforschungen mit archäologischer Entdeckungsabsicht **oder** auf Bodenflächen, auf denen bereits bekanntermaßen mit dem deutlich gehäuften Vorkommen von tatsächlich schützenswerten Bodendenkmalen zu rechnen ist, verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Selbst Letztere ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn dort gleichermaßen alle anderen Handlungen, die die ungestörte Erhaltung von tatsächlich in situ vorkommenden Bodendenkmalen gefährden, derselben denkmalrechtlichen NFG-Pflicht unterworfen sind, wie das z.B. in Art. 7 des bayerischen DSchG vorgesehen ist.

Zusätzliche Probleme der Qualitätssicherungsperspektive

Allgemeine (d.h. überall unbeachtlich der Frage, ob am Ort der geplanten Nachforschung schützenswerte Denkmale überhaupt tatsächlich vorkommen) denkmalrechtliche NFG-Pflichten aus Qualitätssicherungsgründen sind darüber hinaus auch ganz generell verfassungsrechtlich bedenklich. Nicht nur greifen sie zur Abwendung einer meist rein hypothetischen Gefahr massiv in die Forschungsfreiheit ein, ohne dass in der überwältigenden Mehrheit aller Fälle überhaupt tatsächlich ein rechtliches Schutzgut existiert (geschweige denn bekanntermaßen existiert), zu dessen Schutz dieser Eingriff notwendig wäre. Sondern eine wissenschaftliche Qualitätskontrolle durch den Staat, die auch die Methodenwahl des Forschers beschränkt, greift auch in den Kern der Wissenschaftsfreiheit ein: ihre Eigengesetzlichkeit (Krischok 2016, 136-137).

Derartige, massive Eingriffe in den inhaltlichen Kernbereich verfassungsgesetzlich geschützter Grund- und Menschenrechte sind jedoch überhaupt nur zulässig, wenn von der uneingeschränkten Ausübung dieser Grundrechte eine ernsthafte Gefährdung für grundlegende Rechtsgüter ausgeht (Berka 1999, 346). Gerade diese ernsthafte Gefährdung grundlegender Rechtsgüter fehlt jedoch bei allgemeinen – d.h. überall im Land unabhängig von der Frage, ob vom geplanten Nachforschungsort bereits irgendwelche Hinweise auf das tatsächliche Vorkommen irgendwelcher Bodendenkmale bekannt sind – NFG-Pflichten: schließlich ist die Wahrscheinlichkeit, dass an jedem beliebigen Ort, von dem noch keinerlei konkrete Hinweise darauf bekannt sind, tatsächlich ein unbekanntes, aber schutzwürdiges Bodendenkmal vorkommt, verschwindend gering. Kommt aber aller Wahrscheinlichkeit nach am Ort der geplanten Nachforschung kein schutzwürdiges Bodendenkmal vor, gibt es überhaupt kein

verfassungsgesetzlich geschütztes Rechtsgut, das durch die geplante Nachforschung gefährdet werden könnte; geschweige denn, dass ein solches durch die geplanten Nachforschungen ernsthaft gefährdet werden würde.

Damit fällt aber jedwede verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Beschränkung der Forschungsfreiheit weg: aus rechtlicher Sicht genügt es sicherlich nicht, dass ein hypothetisch am Ort der geplanten Nachforschung existieren könnendes, aber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht existierendes, verfassungsgesetzlich geschütztes Rechtsgut durch die Durchführung dieser Nachforschung möglicherweise ernsthaft gefährdet werden könnte, um die Forschungsfreiheit auch nur einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, geschweige denn einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt zu unterwerfen. Vielmehr bedarf es dafür zumindest eines begründeten Verdachtes, wenn nicht sogar der Wahrscheinlichkeit, dass am Ort der geplanten Untersuchung tatsächlich ein verfassungsgesetzlich geschütztes Rechtsgut existiert, das auch tatsächlich durch ihre Durchführung ernsthaft gefährdet werden dürfte, um auch nur ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verhältnismäßig erscheinen zu lassen.

Darüber hinaus stellt sich generell die Frage, ob die wissenschaftliche Qualitätssicherung – auch und insbesondere in der archäologischen Feldforschung – überhaupt eine Aufgabe des Staates sein kann und sein darf. Denn gerade die wissenschaftliche Qualitätssicherung macht ihrerseits einen der, wenn nicht sogar den zentralsten, Kernbereich der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaftsfreiheit aus: nicht nur ist es, wie Krischok (2016, 136) ausdrückt, *„mit der Wissenschaftsfreiheit nicht zu vereinen, dass eine Behörde darüber entscheiden soll, wann die Zeit (bzw. die Wissenschaft) bereit ist, für neue Erkenntnisse“*, sondern noch viel weniger, dass eine staatliche Behörde darüber entscheiden soll, welche wissenschaftlichen Methoden, Erkenntnisse oder Meinungen von ausreichender Qualität sind um zulässig zu sein.

Gerade die deutsche Archäologie hat mit einer derartigen Einmischung des Staates in die archäologische Wissenschaftsfreiheit während des Dritten Reichs so negative Erfahrungen gemacht, dass man meinen sollte, dass die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit in unserem und für unser Fach besonders hoch bewertet werden sollte. Wie es der damalige Kulturstatsminister im Grußwort zum Ausstellungskatalog *„Graben für Germanien“* ausgedrückt hat: *„Diese [Ausstellung] leistet einen Beitrag zur Aufarbeitung des dunkelsten Kapitels unserer Geschichte und verdeutlicht darüber hinaus den hohen Stellenwert der im Grundgesetz festgeschriebenen Freiheit der Wissenschaft und Forschung...“* (Neumann 2013).

Nur um Missverständnisse von vornherein auszuschließen: auch ich bin für wissenschaftliche Qualitätssicherung, auch und insbesondere in der Archäologie; und selbstverständlich auch für den bestmöglichen Schutz der Denkmale, nicht zuletzt als Quellen der archäologischen Wissenschaft. Doch die – aus archäologischer Sicht absolut notwendige – archäologische Qualitätssicherung und Quellenerhaltung rechtfertigen nicht die massive Beschränkung, ja teilweise sogar nahvollständige Aufhebung ganz essentieller wissenschaftlicher und kultureller Grund- und Menschenrechte auf Basis des bloßen, unbegründeten Verdachts, dass schließlich „überall“ noch gänzlich unbekannte Bodendenkmale vorkommen könnten, die es im angeblichen *„Interesse aller“*, aber entgegen den deklarierten Interessen vieler, *„vor dem Zugriffen aller“* (Lüth 2006, 102) zu schützen gelte; ganz zu schweigen von einer totalen Kontrolle der archäologischen Feldforschung durch staatliche Behörden.

Wo es einen vernünftigen Grund zur Annahme gibt, dass dort so besonders bedeutende Bodendenkmale vorkommen, dass ihr Verlust bzw. unsachgemäße Ausgrabung die archäologischen Erkenntnismöglichkeiten ernsthaft schädigen würde, sind Beschränkungen – erforderlichenfalls auch massive Beschränkungen – der Wissenschafts- und Kulturfreiheit durchaus vertretbar und auch sowohl erforderlich als auch verhältnismäßig. Wo jeder vernünftige Grund für diese Annahme fehlt, sind sie es hingegen nicht.

Zwischenergebnis

Auch wenn es natürlich aus archäologischer und denkmalpflegerischer Sicht absolut wünschenswert wäre, wenn alle Bodendenkmale, die es tatsächlich – auch wenn sie noch gänzlich unbekannt sind – im Boden gibt, stets nur von ausreichend kompetenten Personen möglichst sachgerecht ausgegraben würden, sind gesetzliche NFG-Pflichten weder geeignet noch erforderlich, um dieses Ziel auch tatsächlich zu erreichen oder ihm auch nur maßgeblich näherzukommen; und auch nicht mit den dadurch vorgenommenen Beschränkungen hochrangiger verfassungsrechtlicher Schutzgüter verhältnismäßig. So wünschenswert archäologische Qualitätssicherung im Fall der Ausgrabung jedes Bodendenkmals auch ist: auf gesetzlichen Weg ist sie durch NFG-Pflichten nur für bereits bekannte, tatsächlich „besonders“ bedeutende, Bodendenkmale erreichbar.

Denn nur dort, wo bereits bekanntermaßen bedeutende Bodendenkmale tatsächlich vorkommen oder wenigstens aller Wahrscheinlichkeit nach vorkommen dürften, liegen hinreichende Gründe (d.h. insbesondere verfassungsgesetzlich geschützte Rechtsgüter) vor, die eine Beschränkung der Wissenschafts- und Kulturfreiheit überhaupt im verfassungsrechtlichen Sinn zu rechtfertigen geeignet sind. Überall sonst hingegen fehlt dem Staat der notwendige Grund, diese vorbehaltlos garantierten Grund- und Menschenrechte überhaupt – und zwar auch nur irgendwie – zu beschränken.

Daraus folgt, entgegen der von Davydov gezogenen Schlussfolgerung, „*dass – den wissenschaftlichen Charakter einer [...] Nachforschung einmal unterstellt –*“, dass nicht bei jeder archäologischen Nachforschung „*stets eine Abwägung der Wissenschaftsfreiheit mit dem verfassungsrechtlichen Staatsziel (Boden-) Denkmalschutz zu erfolgen*“ (Davydov 2017, 9) hat. Vielmehr wird diese Abwägung überhaupt erst dann erforderlich und überhaupt erst dann rechtlich zulässig, wenn ein konkreter Hinweis darauf vorliegt, dass dort, wo eine archäologische Nachforschung (bzw. Grabung) durchgeführt werden soll, auch tatsächlich durch sie eine ernsthafte Gefährdung eines tatsächlich dort vorkommenden Bodendenkmals wenigstens wahrscheinlich ist (in diesem Sinn auch für Österreich [VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#)). Überall sonst muss die freie Wahl des Wissenschafters über die Wahl seiner Forschungsgegenstände und -methoden vom Staat unbeschränkt bleiben und darf auch keiner behördlichen Genehmigungspflicht unterworfen werden (Berka 1999, 344).

Insbesondere die archäologische Qualitätssicherung bleibt somit abseits bereits bekannter Fundstellen bedeutender Bodendenkmale „*ein wissenschaftsethisches Problem, das jeder Wissenschaftler für sich entscheiden muss*“ (Krischok 2016, 137). Oder anders gesagt: „*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei*“ (Art. 5 Abs. 3 [GG](#)) und – neuerlich entgegen Davydovs Ansicht – auch tatsächlich Jedermann berechtigt, überall dort „*ohne staatliche Überwachung Nachforschungen oder Ausgrabungen durchzuführen*“ (Davydov 2017, 3), von wo noch keine bedeutenden Bodendenkmale öffentlich bekannt sind.

Schlussfolgerungen: Jeder darf graben!

Aus dem oben Gesagten folgt, dass Davydovs (2017, 1) Frage „*Jeder kann graben?*“ die falsche Frage oder wenigstens eine falsch gestellte Frage ist. Denn gerade im Kontext einer Diskussion über die bürgerliche bzw. zivilgesellschaftliche Partizipation in und an der archäologischen Denkmalpflege ist – wenigstens vorerst einmal – einzig die Frage „Jeder darf graben?“ relevant.

Die Antwort auf diese – vorerst – einzig wirklich relevante Frage ist dabei – so unangenehm uns ArchäologInnen und DenkmalpflegerInnen, inklusive mir, das auch sein mag – ist prinzipiell einmal „Ja, aber...“. Dieses „Ja“ ist also keineswegs völlig vorbehaltlos und uneingeschränkt, sondern beschränkt auf „... nur wo noch keine konkreten Hinweise auf das tatsächliche Vorkommen bedeutender Bodendenkmale vorliegen“. Es darf also nicht jeder überall graben, wie es ihm gefällt, sondern jeder muss sich bei der Ausübung seiner Grabungs- und Nachforschungsrechte gewisse, vernünftig und sachlich begründete und verhältnismäßige Einschränkungen gefallen lassen.

Dennoch ist das Recht, aus beliebigen Gründen – inklusive dem, Bodendenkmale entdecken zu wollen – zu graben (oder mit anderen Methoden zu forschen), bei weitem nicht so eng beschränkt, wie es Davydov (2017) darstellt; und kann auch nicht derart eng beschränkt werden, wie Davydov und die archäologische und denkmalpflegerische Fachgemeinschaft das gerne hätten. Denn dem Staatsziel des Denkmalschutzes – wo dieses überhaupt wirklich existiert – stehen in der Regel mit deutlich höherem Gewicht die völker- und verfassungsrechtlich geschützten Grund- und Menschenrechte der selbstbestimmten Forschungs- und Kulturteilhabefreiheit entgegen.

Dass diese Rechte die höheren Rechtsgüter sind, geht dabei nicht nur aus ihrer Gewährleistung in den höchstrangigen völker-, national- und landesgesetzlichen Rechtsquellen hervor, die sie generell vorbehaltlos allen Menschen gleichermaßen garantieren; sondern auch daraus, dass die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte ein zentraler Aspekt des Rechtsstaatlichkeitsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG des deutschen und des Art. 18 Abs. 1 B-VG und der grundsätzlichen Grund- und Menschenrechtsbindung des österreichischen Rechts (Parlament o.J.) und somit eine zentrale Grundlage unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung ist. Es folgt auch daraus, dass selbst das Kulturstaatlichkeitsprinzip, soweit man ein solches in den jeweiligen Verfassungen des deutschen und österreichischen Bundes und der deutschen Länder findet bzw. als implizite Staatszielbestimmung unterstellen kann, das letztendlich primär aus der Wissenschafts- und Kulturfreiheit abgeleitet wird (Krischok 2016, 134), daher diesen Rechten dient, nicht sie beschränken soll. Dass eine aus dem allgemeinen Kulturstaatlichkeitsprinzip abgeleitete und somit subalterne Staatszielbestimmung wie die des Denkmalschutzes das höherrangige Rechtsgut sein sollte als die das Kulturstaatlichkeitsprinzip begründenden Grund- und Menschenrechte, erscheint daher nachgerade absurd. Es folgt schließlich auch – und zwar keineswegs zuletzt – aus dem Zweck des Denkmalschutzes selbst: der Denkmalschutz ist schließlich kein Selbstzweck, sondern dient seinerseits primär der möglichst freien und selbstbestimmten Entfaltung des kulturellen Lebens der Gemeinschaft und der Förderung der freien Wissenschaft.

Daraus folgt zwingend, dass die bürgerlichen Partizipationsrechte am kulturellen Leben der Gemeinschaft und an der wissenschaftlichen Forschung und deren Errungenschaften das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Denkmale in der Regel überwiegen und nur in konkret begründeten Einzelfällen aufgrund dieses öffentlichen Interesses beschränkt werden können. Sie können daher auch nur dann beschränkt werden, wenn dafür ein konkreter Grund in Form eines tatsächlich

existierenden, schützenswerten Rechtsguts vorliegt; nicht bloß auf Basis eines unbegründeten Verdachts, dass hypothetisch überall geschützte Rechtsgüter vorkommen könnten, auch wenn sie tatsächlich fast überall fehlen.

Das Grund- und Menschenrecht auf – ob wissenschaftliche oder kulturelle – Beteiligung am kulturellen Erbe, inklusive des noch unbekannten archäologischen Erbes, stellt gleichzeitig – als der zweiten Generation der [Menschenrechte](#) angehörendes Recht – auch ein [Anspruchsrecht](#) dar, das der Staat und selbstverständlich insbesondere seine Denkmalbehörden auch so weit als möglich zu gewährleisten und zu fördern haben. „Die Grenze einer sinnvollen Partizipation“ wird also nicht, wie Davydov (2017, 11) das meint, dort überschritten, „wo durch die mit der Einbindung Privater verbundene Entlastung der Denkmalbehörde in eine Belastung umschlägt, weil ein Ausbildungs- und Betreuungsaufwand generiert wird, der zu ihrer primären Aufgabe – für eine „geordnete und wissenschaftlich fundierte“ Bodendenkmalpflege zu sorgen – in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht“. Die bürgerlichen Partizipationsrechte gehen vielmehr weitaus weiter und verpflichten die Denkmalbehörden dazu, wo und wie auch immer es ihnen möglich ist, die archäologische Bürgerbeteiligung zu gewährleisten und sogar aktiv zu fördern; auch wenn das die Behörde be- und nicht entlastet.

Ist eine Denkmalbehörde also der Ansicht, dass zur Ermöglichung eines bürgerlichen Engagements in der archäologischen Denkmalpflege sowohl eine bestimmte Ausbildung als auch eine bestimmte (Art oder Menge) von fachlicher Betreuung erforderlich ist, hat sie diese auch – und zwar, selbstverständlich im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten, in ausreichender Menge – zur Verfügung zu stellen. Fehlen ihr die ausreichenden Mittel dazu, hat sie diese entweder durch eine entsprechende Änderung finanzieller Prioritätensetzungen zu finden oder – sollte das nicht ausreichen – die Bereitstellung zusätzlicher Mittel von den ihr vorgesetzten Stellen bzw. der Politik mit dem entsprechenden Nachdruck einzufordern.

Es ist nämlich nicht die Aufgabe der BürgerInnen, den Denkmalen, der Denkmalbehörde oder auch nur dem Staat zu dienen; sondern die Aufgabe der Denkmale, der Denkmalbehörden und des Staates, den BürgerInnen zu dienen (dafür werden sie alle – über eingehobene Steuern – ja auch bezahlt). Bürgerbeteiligung, und zwar auch solche, die die Denkmalbehörden belastet, ist keine Gefahr, die die Denkmalbehörden abzuwehren haben; und die behördliche Bequemlichkeit und Arbeitserleichterung auch kein völker- und verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut, das es zu bewahren und zu fördern gilt. Das Grund- und Menschenrecht auf Wissenschaftsfreiheit und Kulturbeteiligung hingegen schon; ob das den Denkmalbehörden nun gefällt oder nicht.

Literaturverweise

Bazil, C., Binder-Kriegelstein, R., Kraft, N. 2015. *Das österreichische Denkmalschutzrecht*. 2. Aufl., Wien: Manz.

Berka, W. 1999. *Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*. Wien – New York: Springer.

Davydov, D. 2017. [„Jeder kann graben“? – Archäologisches Erbe im Spannungsfeld zwischen Partizipation und Gefahrenabwehr](#). Early View, 22.8.2017 [17.3.2018].

Europarat 2005. [Rahmenübereinkommen des Europarates über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft](#). Faro, 27.10.2005, Council of Europe [17.3.2018].

Karl, R. 2011. *Archäologischer Denkmalschutz in Österreich. Praxis – Probleme – Lösungsvorschläge*. Wien: Sramek.

Krischok, H. 2016. *Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter*. Göttingen: V & R unipress.

LfDH 2015. *Richtlinien zur Grabungsdokumentation Archäologie und Behandlung von Grabungsfunden und Proben*. Stand 1.8.2015. Wiesbaden: Landesamt für Denkmalpflege Hessen.

Lüth, F. 2006. Einführung in das Thema. *Archäologisches Nachrichtenblatt* 11/2, 102-6.

Neumann, B. 2013. Grußwort. In: Focke-Museum (Hg.), *Graben für Germanien. Archäologie unterm Hakenkreuz*, 9. Bremen & Stuttgart: Focke-Museum & Theiss.

Parlament o.J. [Grundprinzipien der Bundesverfassung](#). Wien: Parlament der Republik Österreich [21.3.2018].

Pieroth, B., Schlink, B., Kingreen, T., Poscher, R. 2015. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 31. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller.

Riegl, A. 1903. [Der moderne Denkmalkultus. Sein Wesen und seine Entstehung](#). Wien & Leipzig: Braumüller [19.3.2018].

RV 1999. [Regierungsvorlage. Bundesgesetz, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung \(Denkmalschutzgesetz – DMSG\) geändert wird](#). 1769 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP [19.3.2018].

Strobl, H. & Sieche, H. 2010. *Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg: Kommentar und Vorschriftensammlung*. Stuttgart: Kohlhammer.

Vereinte Nationen 1948. [Resolution der Generalversammlung 217 A \(III\). Allgemeine Erklärung der Menschenrechte](#). New York: Vereinte Nationen [19.3.2018].

Viebrock, J.N. 2007. *Hessisches Denkmalschutzrecht*. 3. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.